

O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO REMÉDIO CONTRA A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

LUIZ GUILHERME MARINONI

Prof. Titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University.

RESUMO: 1. Primeiras considerações; 2. História do Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal; 3. Escopo do mandado de injunção; 4. Legitimidade; 5. Medida liminar; 6. Pressupostos para a concessão do mandado de injunção; 6.1. Dever de legislar; 6.2. Mora do legislador; 6.3. Norma insuficiente e omissão parcial; 6.4. Norma não auto aplicável; 6.5. Norma recepcionada pela Constituição, edição superveniente da norma e encaminhamento de projeto de lei; 7. Efeitos da decisão; 8. O mandado de injunção diante da possibilidade de a falta de lei ser suprida no caso conflitivo concreto.

1. Primeiras considerações

De acordo com o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal brasileira, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora *torne inviável o exercício* dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Ressai da norma constitucional que o mandado de injunção constitui instrumento processual destinado a viabilizar, diante de falta de norma infraconstitucional, o *exercício* dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A norma institui evidente relação de causalidade entre a falta de lei e o exercício de direito. Assim, o mandado de injunção objetiva dar tutela a um direito subjetivo, constituindo mecanismo que permite a fiscalização *concreta* da inconstitucionalidade por omissão. Enquanto isto, a ação direta de inconstitucionalidade é instrumento de tutela do direito objetivo, em que há fiscalização *abstrata* da inconstitucionalidade por omissão. Basicamente, a diferença entre um e outro está em que no mandado de injunção há tutela do direito carente da atuação do legislador e, na ação direta, há tutela em abstrato da norma constitucional, atacando-se a inconstitucionalidade em tese.

Existem no texto da Constituição Federal quatro normas acerca da competência para o mandado de injunção¹. Objetiva-se, com tais normas, limitar o trato do mandado de injunção aos tribunais, certamente a partir da ideia de que seria, desta forma, mais fácil racionalizar a aplicação das normas judiciais elaboradas para suprir a inércia do legislativo.

O mandado de injunção, em sua história jurisprudencial, teve vários alcances, nem sempre coincidentes com o que é almejado pela norma constitucional. A diversidade de alcances outorgada pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção reflete sobre a compreensão do instituto, e, assim, sobre os conceitos e pressupostos que estão ao seu redor.

2. História do Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal

É possível iniciar a história do percurso do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal com o julgamento dos mandados de injunção ns. 168 e 107,

¹ CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

(...)

CF, Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

(...)

CF, Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

(...)

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

(...)

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

relatados, respectivamente, pelo Ministro Sepúlveda Pertence e pelo Ministro Moreira Alves. O mandado de injunção 168, julgado à unanimidade, exemplifica a limitação que se dava ao instrumento processual-constitucional quando ele começou a ser utilizado. Neste caso o Supremo Tribunal Federal afirmou que o mandado de injunção não dá ao Judiciário o poder de emitir a norma faltante nem lhe confere o poder de tutelar o direito que da norma depende. Com a intenção de definir a natureza do instituto, declarou-se que o “mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado”. A prestação jurisdicional possível, segundo a Corte, seria a de “declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra”².

O julgamento do mandado de injunção 107 é considerado um marco na história do instituto. Neste mandado de injunção decidiu-se, em questão de ordem, a respeito da *própria auto-aplicabilidade* da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção, firmando-se, como premissa, *o alcance da ação*: “Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que *visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão* se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, *com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração*, para que adote as providências necessárias, *a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (artigo 103, 2, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. *Assim fixada a natureza desse mandado*, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, 'q' -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de

²MI 168, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.04.1990.

segurança, no que couber”³. Reafirmou-se aí o entendimento de que o mandado de injunção permite apenas a *declaração de inconstitucionalidade da omissão, daí cientificando-se o Poder, órgão, entidade ou autoridade* dessa declaração. No julgamento do mandado de injunção n. 107, além desta fundamental conclusão, firmaram-se ainda as de que: : i) a norma que instituiu o mando de injunção é auto-aplicável; ii) o mandado de injunção tanto pode dizer respeito a uma omissão total quanto a uma omissão parcial do legislador; iii) o STF tem competência para, no mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais com o objetivo de assegurar a possibilidade de o autor ser contemplado por norma mais benéfica ou que lhe assegure o direito constitucional; iv) o STF está legitimado, em face do mandado de injunção, a determinar outras medidas necessárias a garantir o direito do autor até a expedição da norma pelo legislador.

Note-se que, até aí, sequer se outorgava prazo para o legislador editar a norma faltante, reputando-se admissível apenas a sua cientificação. Pouco tempo depois, no mandado de injunção 283, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, deu-se passo largo em relação à efetividade do instrumento. Embora o mandado de injunção tenha sido compreendido como remédio de “natureza mandamental” – e aí, diga-se de passagem, tenha-se ignorado o correto significado da “natureza mandamental” de um instrumento processual, supondo-se que mandamental é o remédio processual utilizado *contra o Estado* -, admitiu-se que, ainda que o autor tenha formulado pedido de natureza constitutiva ou de natureza condenatória (que no entender do Supremo Tribunal Federal seria impossível), nele está contido o pedido, “de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra”⁴. Entendeu-se ser possível ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. Assim, deferiu-se o mandado de injunção para i) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar

³MI 107, Pleno, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 21.09.1990.

⁴MI 283, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991.

contida no art. 8º, §3º, ADCT⁵, comunicando o Congresso Nacional e a Presidência da República; e para ii) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada, deixando-se ainda expresse que, iii) caso ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, passa o impetrante a gozar da faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem⁶. Neste caso impôs-se prazo para o cumprimento do dever de legislar, retirando-se consequência concreta, benéfica ao impetrante, do seu descumprimento.

Em mandado de injunção dotado de igual fundamento - respeitante ao dever de legislar contido no art. 8º, §3º, ADCT -, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, em virtude de ter escoado o prazo imposto no mandado de injunção 283, não seria necessário outro mandado de injunção, tendo o interessado o poder de propor, imediatamente, ação de perdas e danos. Diz a ementa proferida neste mandado de injunção que “reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no mandado de injunção n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, ‘desde logo’, a possibilidade

⁵ADCT, art.8º - É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

(...)

§3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

⁶MI 283, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991.

de ajuizarem, ‘imediatamente’, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”⁷.

No mesmo ano, agora no mandado de injunção 232, de relatoria do Min. Moreira Alves, o Supremo Tribunal declarou, ao tratar da falta de regulamentação do disposto no §7º do artigo 195⁸ da Constituição Federal e diante do artigo 59 do ADCT⁹, a mora do Congresso Nacional, “a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, 7º, da Constituição, *sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida*”¹⁰. Retirou-se, do não cumprimento do prazo pelo legislador, a satisfação do direito almejado pelo autor, em verdadeira sentença substitutiva da vontade do devedor da prestação normativa.

O Supremo Tribunal Federal, ainda no começo da década de 90, julgou mandado de injunção impetrado unicamente contra particular responsável pela prestação decorrente da observância do dever de legislar. Neste caso, o mandado de injunção - que afirmou falta de regulação do art. 7º, XXI¹¹, da Constituição Federal, relativo ao aviso prévio – foi dirigido apenas contra a ex-empregadora do impetrante. Porém, o Tribunal, ao afirmar a natureza mandamental do mandado de injunção, declarou ter se firmado, “no Supremo Tribunal Federal, o entendimento segundo o qual o mandado de injunção há de dirigir-se contra o Poder, órgão, entidade ou

⁷MI 284, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.06.1992.

⁸CF, Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

⁹ADCT, art.59 - Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único -Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.

¹⁰MI 232, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

¹¹CF, Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXI - *aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;*

autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando 'ad causam', passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva. Não é viável dar curso a mandado de injunção, por ilegitimidade passiva 'ad causam', da ex-empregadora do requerente, única que se indica como demandada, na inicial"¹².

Em outro caso, o Supremo Tribunal Federal viu-se diante de mandado de injunção que objetivava compelir o Congresso Nacional a regulamentar o revogado §3º do art. 192¹³ da Constituição Federal - relativo à limitação das taxas de juros reais em doze por cento ao ano -, cuja impetração se deu não apenas em face do Congresso Nacional, mas também contra o Banco credor. Contudo, evidenciando posição restritiva quanto ao alcance da ação, o Supremo entendeu que o Banco não tinha legitimidade passiva para figurar no processo, nem mesmo como litisconsorte passivo. Nesta ocasião afirmou o Supremo que "somente pessoas estatais podem figurar no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção, eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos"¹⁴. Assim - concluiu o Tribunal - por ter o mandado de injunção a natureza jurídico-processual de "ação judicial de índole mandamental", estaria inviabilizada, "em função de seu próprio objeto, a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entes estatais"¹⁵.

¹² "Mandado de Injunção. Aviso prévio proporcional. Constituição, art. 7º, inciso XXI. Mandado de injunção ajuizado por empregado despedido, exclusivamente, contra a ex-empregadora. Natureza do mandado de injunção. Firmou-se, no STF, o entendimento segundo o qual o mandado de injunção há de dirigir-se contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando "ad causam", passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva. Não é viável dar curso a mandado de injunção, por ilegitimidade passiva "ad causam", da ex-empregadora do requerente, única que se indica como demandada, na inicial. Mandado de injunção não conhecido (MI 352, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 04.09.1991, DJ 12.12.1997).

¹³ CF, Art. 192, §3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar (revogado).

¹⁴ MI 335, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.08.1991.

¹⁵ "Mandado de Injunção - Limite da taxa de juros reais (CF, art. 192, par. 3.) - Congresso Nacional e instituição financeira privada - Litisconsórcio Passivo Incabível - Ação judicial de cobrança executiva - Suspensão cautelar indeferida - Decisão inapreciável em sede de agravo regimental. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido do descabimento de agravo regimental contra despacho do relator que aprecia medida liminar em

A doutrina da impossibilidade de o mandado de injunção ser dirigido contra o particular foi reiterada pelo Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção 513, relator o Ministro Maurício Corrêa¹⁶. A questão voltou a ser discutida no mandado de injunção 507, ocasião em que a Corte declarou que no mandado de injunção 513, “com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido”, ficara “decidido que instituições financeiras não integram a relação jurídica processual como litisconsortes passivos necessários”¹⁷.

É interessante que, sob o argumento de que o Poder Público - em casos como os dos mandados de injunção que objetivaram regular a norma que limitava as taxas de juros reais em 12% ao ano - não era o sujeito passivo da relação de direito material derivada da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal concluiu que não seria cabível a estipulação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão em que incidira na regulamentação do preceito constitucional. Isto apenas seria possível, segundo a Corte, quando o Poder Público, ao lado do seu dever de legislar, fosse também o devedor da tutela do direito emergente da norma constitucional¹⁸. Em essência, foi o que se decidiu no mandado de injunção 361, em que se declarou não caber fixar prazo para o suprimento da omissão inconstitucional quando o Estado não é o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora, já que aí não seria possível cominar consequências a sua continuidade após o término final da dilação assinada¹⁹.

Novo e significativo avanço verificou-se no julgamento do mandado de injunção 670, que objetivou a edição de norma para dar eficácia ao art. 37, VII²⁰, da

sede de mandado de injunção. - Somente pessoas estatais podem figurar no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção, eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos. - A natureza jurídico-processual do instituto do mandado de injunção - Ação judicial de índole mandamental - inviabiliza, em função de seu próprio objeto, a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entes estatais (MI 335, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.08.1991).

¹⁶MI 513, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.04.1996).

¹⁷MI 507, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 26.05.1997, DJ 06.04.2001.

¹⁸MI 472, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06.09.95, DJ 02.03.2001).

¹⁹MI 361, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994.

²⁰CF, art. 37, VII - o direito de greve será exercido *nos termos e nos limites definidos em lei específica*.

Constituição Federal, que versa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis. Esta questão já havia sido apreciada pelo Supremo Tribunal em várias oportunidades, estabelecendo-se, inicialmente, o entendimento de que se deveria apenas declarar a existência da mora legislativa na edição da norma legislativa²¹, embora em diversas ocasiões fosse levantada a possibilidade de aplicação da Lei 7.783/89 – que disciplina a greve no setor privado – aos servidores públicos civis²². Contudo, no mandado de injunção 670 o Supremo Tribunal Federal foi mais longe. Após lembrar que a mora legislativa em relação à questão da greve dos servidores públicos civis já havia sido declarada em diversas vezes, a Corte reconheceu que a manutenção dessa situação apontaria para o risco de consolidação de uma típica omissão judicial²³. Admitiu-se que seria possível pensar, em princípio, na aplicação da Lei 7.783/1989 enquanto a omissão não fosse devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis. Porém, em virtude do princípio da continuidade dos serviços públicos, declarou a Corte que não se poderia obstar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, fosse facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de ‘serviços ou atividades essenciais’, nos termos do regime fixado pelos artigos 9º a 11 da Lei 7.783/1989²⁴. Estabeleceu-se, ainda, que, “diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF”²⁵. Ao final, após fixar-se o prazo de sessenta dias para o Congresso Nacional legislar sobre

²¹MI 20, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996.

²²MI 631, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002.

²³MI 670, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008.

²⁴MI 670, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008.

²⁵MI 670, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008.

a matéria, determinou-se a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis²⁶.

Foi no mandado de injunção 712, porém, que o Supremo Tribunal Federal pronunciou de modo mais claro a função que, anteriormente, já se tentava imprimir-lhe. Neste caso a Corte não apenas retirou consequências práticas da não observância de uma decisão que impõe prazo para legislar, mas disse expressamente que possui, ao decidir o mandado de injunção, o poder de editar norma jurídica em substituição à devida pelo legislador, sem que isto possa representar violação à independência e harmonia entre os poderes (art. 20, CF) e à separação dos poderes (art. 60, § 4º, III, CF)²⁷.

Este mandado de injunção voltou a tratar da norma constitucional que garantiu aos servidores públicos civis o exercício do direito de greve nos termos e nos limites definidos em lei (art. 37, VII, CF). Concluiu-se que a norma do art. 37, VII, da Constituição Federal exige regulamentação, “a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque ‘serviços ou atividades essenciais’ e ‘necessidades inadiáveis da coletividade’ não se superpõem a ‘serviços públicos’; e vice-versa. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício”²⁸.

Neste mandado de injunção, a Corte não hesitou em declarar que o “argumento de que a Corte estaria a legislar - o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º, CF] e a separação dos poderes [art. 60, §4º, III, CF] - é insubsistente”, uma vez que o “Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico”, norma esta que não

²⁶MI 670, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008. A mesma solução, com idênticos fundamentos, encontra-se no acórdão proferido no mandado de injunção 708 (MI 708, Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008).

²⁷MI 712, Pleno, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 31.10.2008.

²⁸MI 712, Pleno, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 31.10.2008.

seria “norma de decisão”, mas “o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos”²⁹. Contudo, o que mais importa é que o Tribunal, em face da referida fundamentação, permitiu ao mandado de injunção alcançar resultado que merece relevo. Julgou-se o mandado de injunção procedente “para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil”³⁰.

Ao assim julgar, o Supremo Tribunal Federal não se limitou a declarar a mora legislativa ou mesmo a impor ao legislador a observância do dever de legislar, nem mesmo se restringiu a retirar consequência da inércia do legislativo. A Corte editou a norma faltante, em nítida substituição à vontade do legislador e, por consequência, tornou viável o exercício do direito de greve.³¹ Neste caso, portanto, a Suprema Corte aproximou-se da verdadeira razão de ser do mandado de injunção: viabilizar o exercício de direito dependente de norma faltante.

3. Finalidade do mandado de injunção

Se o Judiciário deve se limitar a declarar a mora do legislador, dela cientificando-o, o escopo do mandado de injunção é limitado à declaração da mora em legislar. Se o Judiciário, diante do mandado de injunção, deve tutelar o direito que depende de norma faltante, o seu escopo é a tutela do direito dependente da norma cuja falta o próprio Judiciário deve suprir. Porém, se o mandado de injunção confere ao Judiciário o poder de suprir a omissão do legislador para tornar exercitável e tutelável jurisdicionalmente o direito que da norma depende, o escopo do remédio constitucional é apenas suprir a falta de norma imprescindível à realização do direito e sua tutela jurisdicional.

Note-se que a segunda e a terceira opções diferem essencialmente em um ponto: na circunstância de o direito dependente da norma faltante poder ser exercido sem obstaculização da parte devedora da tutela do direito. Quando o devedor da

²⁹MI 712, Pleno, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 31.10.2008.

³⁰MI 712, Pleno, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 31.10.2008.

³¹MI 1967, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.05.2011.

norma é o Congresso Nacional e a devedora da tutela do direito a União Federal, o problema é eliminado em virtude de a União, que até então resistia em virtude da omissão legislativa, não ter mais como se opor ao pleito da parte. Trata-se do caso em que o Supremo Tribunal Federal, ao suprir a falta da lei exigida pela Constituição, determina, por exemplo, que a autoridade administrativa analise pedido de aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência física, como ocorreu no mandado de injunção 1967, monocraticamente decidido pelo Ministro Celso de Mello. Perceba-se que, em um caso como este, a autoridade administrativa se rende à norma criada pelo Judiciário, pelo que nem mesmo seria preciso ordenar-lhe analisar o pedido de aposentadoria sob o temor de que poderia não analisá-lo voluntariamente.

Ademais, há situações em que a mera supressão da omissão inconstitucional, seja mediante a imposição de resultado pela não observância do prazo para legislar, seja por meio da edição judicial da norma jurídica, tutela, por si só, o direito da parte. Lembre-se, como exemplo da primeira hipótese, do caso da imunidade das entidades beneficentes de assistência social, quando o Supremo Tribunal Federal, no mandado de injunção 232, determinou ao Congresso Nacional a observância do seu dever de legislar decorrente do artigo 195, 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, passar a parte a gozar da imunidade requerida. São exemplos do segundo caso os mandados de injunção 670, 708 e 712, em que normas foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal para viabilizar o exercício do direito de greve. Note-se que estes mandados de injunção são efetivos à tutela ou ao exercício do direito em virtude de uma e outro não dependerem de prestação de quem quer que seja – o Estado ou o particular.

Contudo, isto nem sempre ocorre. Pense-se, por exemplo, no mandado de injunção 232, que, objetivando a regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição Federal - relativo ao aviso prévio -, foi dirigido apenas contra a ex-empregadora do impetrante, e, exatamente por conta disso, não foi conhecido. É que, em um caso como este, para que o direito seja tutelado, não basta editar a norma faltante em face do Congresso Nacional. É necessária uma prestação do particular.

Se, no mandado de injunção, o Judiciário pode criar a norma faltante e conferir a tutela ao direito prometida pela Constituição, o legislador deveria ser chamado ao processo apenas para contestar a imprescindibilidade de norma infraconstitucional ou para negar a sua mora, devendo também participar do processo, na qualidade de litisconsorte passivo, o devedor da prestação decorrente da remoção da omissão inconstitucional. Quem deve resistir à pretensão de tutela do direito que depende da norma não é apenas o legislador, mas também – e especialmente - o adversário do titular da tutela de direito que se ressente da norma legislativa inexistente. De modo que, em tese, não há razão para não admitir o mandado de injunção em face do particular, que, então, deve figurar como litisconsorte passivo necessário.

Entretanto, se o uso do mandado de injunção contra o particular não é adequado em razão de princípios utilitaristas, melhor seria deixar a prática forense regular a situação, admitindo-se, com consciência e clareza, a supressão da omissão inconstitucional em face de quem quer que seja, mediante qualquer ação jurisdicional e por qualquer juiz.

4. Legitimidade

Convém analisar, em primeiro lugar, a legitimidade passiva, haja vista a sua estreita ligação com o objeto do mandado de injunção e com a natureza de sua sentença de procedência. Se o escopo do mandado de injunção é a edição da norma judicial em substituição à norma faltante, legitimado passivo é o órgão legislativo competente. Se o mandado de injunção vai além, tendo o fim de tutelar o direito dependente da norma criada, é legitimado passivo, além do órgão legislativo competente, aquele que se opõe à tutela do direito perseguida pelo autor, que, assim, deve figurar como litisconsorte passivo necessário.

Esclareça-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, em diversos casos, não admitiu a participação do particular, conforme se pode verificar, por exemplo, nos acórdãos decorrentes dos mandados de injunção ns. 335 e 352. No mandado de injunção 335 o Supremo Tribunal Federal raciocinou a partir da premissa de que, como somente os órgãos estatais têm dever de legislar, apenas eles podem figurar no

pólo passivo. No mandado de injunção 352, concluiu-se que o mandado de injunção há de se dirigir contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não tendo legitimidade, em princípio, quem não tem dever de editar a regulamentação respectiva³².

A legitimação ativa é do titular do direito individual dependente da norma faltante, dos legitimados à tutela de direitos individuais homogêneos e, ainda, dos legitimados à tutela de direitos coletivos e difusos. No caso de direitos individuais que podem ser afirmados, em uma única ação, mediante litisconsórcio ativo, o representante dos titulares dos direitos individuais pode propor a ação em nome de seus representados. O Supremo entende que as entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração de mandado de injunção coletivo, argumentando que este se destina a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional³³.

No mandado de injunção 361, entendeu-se que entidade sindical de pequenas e médias empresas - notoriamente dependentes do crédito bancário com interesse comum na eficácia do art. 192, 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais - possui legitimidade ao mandado de injunção coletivo, aplicando-se analogicamente o art. 5º, LXX da Constituição Federal.³⁴No mandado de injunção 20, de relatoria do Ministro Celso de Mello, declarou-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmara no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição³⁵.

Tratando-se de direito transindividual – coletivo e difuso -, o Ministério Público tem legitimidade ao mandado de injunção. Em verdade, em caso de direito

³²MI 352, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 04.09.1991, DJ 12.12.1997.

³³ STF, MI 472, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.03.2001.

³⁴ STF, MI 361, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994.

³⁵MI 20, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.96.

transindividual, têm legitimidade todos aqueles que são legitimados a sua tutela em virtude do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor. A Constituição Federal, ao instituir o mandado de injunção, apenas assegura a existência de instrumento processual hábil à tutela de direito dependente de norma a ser obrigatoriamente editada. Não há qualquer restrição à natureza do direito, inexistindo afirmação de que apenas podem ser tutelados direitos individuais ou de que não podem ser tutelados direitos transindividuais. Assim, como as normas do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor são as que, preocupadas com a efetiva proteção dos direitos transindividuais, definem aqueles que para tanto são legitimados, não há como negar-lhes legitimidade à tutela de direitos transindividuais que dependem da correção de omissão normativa inconstitucional, ainda que por meio de mandado de injunção.

5. Medida liminar

O Supremo Tribunal Federal entende ser incabível medida liminar em mandado de injunção. Esta posição pode ser exemplificada mediante a decisão proferida no mandado de injunção 631, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, no seguinte sentido: “Trata-se de mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul - SINDIJUS/MS contra o Congresso Nacional, por meio do qual requer seja garantido a seus filiados o direito de greve, previsto no art. 37, inc. VII, da Constituição Federal. Pede, ademais, concessão de medida liminar para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul *se abstenha da abertura de processos administrativos do desconto nos vencimentos dos servidores dos dias de paralisação na greve ocorrida entre 29 de maio e 14 de junho de 2000*. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *é firme quanto ao descabimento de medida liminar em mandado de injunção*, conforme o decidido no MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. de 25.10.90; e no MI 313, Rel. Min. Moreira Alves, D.J. 14.05.91. Dessa forma, o pedido, nesta parte, fica, desde logo, indeferido ...”³⁶.

³⁶MI 631, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22.08.2000

Não obstante, é certo que a viabilidade da liminar depende do que se admite poder ser feito pelo Judiciário mediante o mandado de injunção. Ou melhor: para se pensar no cabimento de liminar é necessário, antes, individualizar a tutela jurisdicional final da ação de injunção. Assim, se a tutela final se resume à declaração da omissão inconstitucional, seguida de cientificação do legislador, não se pode admitir uma norma judicial provisória, nos moldes de uma tutela antecipada. Contudo, as coisas mudam totalmente de figura quando se parte da premissa de que o Judiciário pode retirar do descumprimento do dever de legislar determinada consequência concreta ou editar a norma jurídica faltante, e, mais ainda, quando se admite que o Tribunal pode tutelar o direito dependente da norma até então ausente.

Pense-se, por exemplo, no caso da imunidade das entidades beneficentes de assistência social, a depender da regulamentação do disposto no §7º do artigo 195 da Constituição Federal, em que o Supremo Tribunal declarou, no mandado de injunção 232, a mora do Congresso Nacional a fim de que, no prazo de seis meses, fossem adotadas as providências legislativas que se impunham para o cumprimento da obrigação de legislar, sob pena de, uma vez vencido o prazo sem o cumprimento da obrigação, “*passasse o requerente a gozar da imunidade requerida*”³⁷. Mais emblemático, ainda, é o mandado de injunção 712, já que nesta hipótese a própria norma faltante foi elaborada pelo Judiciário. Aí o Tribunal não apenas retirou consequências da não observância de decisão, mas expressamente assumiu o *poder de editar norma jurídica* em substituição à devida pelo legislador, salientando que isto não representa “violação à independência e harmonia entre os poderes (art. 20, CF) e à separação dos poderes (art. 60, §4º, III, CF)”³⁸.

A decisão, nestes dois casos, tem natureza constitutiva. No mandado de injunção 232, a decisão substitui a vontade do legislador, ou melhor, vale como se fosse a norma legislativa não editada. Trata-se de decisão que, por sua natureza jurídico-processual, assemelha-se a do art. 466-A do Código de Processo Civil. Essa regra processual diz que a sentença, ao reconhecer o dever de o réu emitir declaração de vontade, produz, após transitar em julgado, “*todos os efeitos da declaração não emitida*”. Embora se possa dizer que sentença deste porte tem natureza executiva (e

³⁷MI 232, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

³⁸MI 712, Pleno, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 31.10.2008.

não constitutiva), é indiscutível que tanto a sentença do art. 466-A do Código de Processo Civil, quanto a decisão final que retira da não observância do dever de legislar a própria situação de vantagem que se teria caso a norma houvesse sido editada pelo legislador, tem conteúdo constitutivo, já que criam uma situação jurídica.

Sendo assim, importa verificar se é possível liminar em face de decisão final de conteúdo constitutivo. É fora de dúvida que se admite provimento assecuratório – de natureza cautelar – diante de decisão final de natureza constitutiva. Trata-se de assegurar o direito que depende da constituição final.

Há maior dificuldade teórica quando se pensa em liminar de cunho antecipatório. Vozes autorizadas, tanto no direito italiano³⁹ quanto no direito brasileiro⁴⁰, não admitem a antecipação de uma constituição, vale dizer, uma constituição baseada em cognição sumária. Porém, o verdadeiro problema não está na pergunta acerca da possibilidade de uma constituição fundada em cognição sumária, mas sim em saber se é possível obstar uma conduta ou autorizar um comportamento cuja legitimidade depende da constituição. A questão está em saber se é possível antecipar o exercício de um direito que ainda depende de uma decisão, ou melhor, se é viável antecipar o exercício das faculdades que estão contidas no direito a ser constituído. Esta antecipação, como é evidente, não é uma simples “constituição provisória”. Realmente, nada pode impedir, em tese, ordem que proíba a imposição de sanções contra a entidade beneficente que gozaria de imunidade caso a decisão final do mandado de injunção já houvesse sido proferida⁴¹. Do mesmo modo, é claramente possível, em sede de liminar, ordem para que a autoridade administrativa se abstenha de impor sanções àquele que estaria usufruindo do direito caso a decisão final já houvesse sido pronunciada, situação que sucedeu no mandado de injunção 631, em que se requereu liminar (não admitida) para que o Tribunal de Justiça do Estado de

³⁹Carlo Calvosa, I provvedimenti d’urgenza, *Novissimo digesto italiano*, v. XIV, p. 448 e ss; Salvatore Satta, *Commentario al codicediproceduracivile*, v. 4, Padova, Cedam, 1968, p. 270 e ss. Ver Gianpiero Samorì, La tutela cautelaredichiarativa, *Rivistatrimestraledidiritto e proceduracivile*, 1995, p. 949 e ss.

⁴⁰Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2000, v. 3, 3ª. ed., p. 57 e ss.

⁴¹Ver MI 232, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

Mato Grosso do Sul se abstinhasse da abertura de processos administrativos para o desconto, dos vencimentos dos servidores, dos dias de paralisação na greve⁴².

6. Pressupostos para a concessão do mandado de injunção

6.1. Dever de legislar

O dever de legislar é visto como pressuposto do mandado de injunção. É claro que importa saber, neste contexto, o significado deste “dever”. O Supremo Tribunal Federal entende que o dever de legislar é a posição que responde ao direito à emanação da lei imprescindível à regulamentação da norma constitucional, mas adverte que, para o aparecimento destas posições jurídicas, o próprio texto constitucional deve exigir a tomada de providências legislativas, apenas aí surgindo o dever de o legislador atuar. Melhor explicando: só há dever de legislar, nesta dimensão, quando a própria norma constitucional carente de regulamentação prevê a atuação do legislador.

O acórdão proferido no mandado de injunção 642 é elucidativo. Discutiu-se, neste caso, sobre a admissibilidade de pretensão à edição de norma relacionada ao art. 135 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a possibilidade de o juiz declarar-se suspeito, por motivo de foro íntimo, nos processos em que atue. Requereu-se, mediante o mandado de injunção, a edição de lei para impor ao juiz o dever de "declarar o motivo da natureza da suspeição", criando-lhe a obrigação de fundamentar esse juízo e de comprovar as razões que lhe dão suporte⁴³. Neste caso, ainda que se pudesse supor que se estava diante de falta de lei para justificar a inação do juiz, e, assim, que tal ausência significava uma negação de tutela normativa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF), o que realmente importa é que o Supremo Tribunal Federal deixou claro que, para o cabimento do mandado de injunção, é necessário que a norma constitucional que fundamenta a alegação de ausência de lei preveja, expressamente, a atuação do legislador. Justificou o acórdão que é preciso ter presente que “o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado quando também existir - *simultaneamente imposta pelo próprio texto*

⁴²MI 631, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22.08.2000

⁴³MI 642, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Desse modo, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional (MI 463, Rel. Min. Celso de Mello)”⁴⁴. Sublinhou o acórdão, nesta linha, não ter o impetrante demonstrado “a existência, no texto constitucional, de regra, que, *ao prever a edição de norma regulamentadora*, instituisse, desde logo, em favor do particular, o direito deste a ver revelados, por Juiz que se declare suspeito, por razões de foro íntimo, os motivos que fundamentaram tal decisão”⁴⁵.

Discutiu-se caso similar no mandado de injunção 633, em que se sustentou que a norma do art. 10 da Lei 9.841/99, apesar de exonerar as microempresas e as empresas de pequeno porte do recolhimento de 30%, do valor apurado pela fiscalização, para fins de interposição de recurso administrativo, estaria a depender da ação do legislador para ser aplicável ao impetrante. Esse argumentou que a falta de lei configuraria ofensa às normas constitucionais que consagram a isonomia (CF, art. 150, II) e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), postulando a extensão do favor legal em seu benefício⁴⁶.

O mandado de injunção teve o seu seguimento denegado mediante decisão monocrática. Afirmou o Ministro Celso de Mello que o impetrante não demonstrou “a existência, no texto constitucional, de regra, que, ao prever a edição de norma regulamentadora, instituisse, desde logo, em favor do particular, o direito deste à legislação estatal concernente ao benefício legal da dispensa de recolhimento, para efeitos recursais administrativos, do depósito prévio de 30% do valor apurado pela fiscalização”⁴⁷.

⁴⁴MI 642, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

⁴⁵MI 642, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

⁴⁶MI 633, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

⁴⁷MI 633, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

Perceba-se, efetivamente, que no mandado de injunção n. 633 não se alegou falta de lei destinada a regulamentar norma constitucional que instituiu direito, mas sim omissão na proteção normativa do direito fundamental à ampla defesa. Ainda que se possa enxergar entraves para a admissão de omissão de tutela normativa neste caso, o certo é que se tentou demonstrar que a falta de lei não precisa decorrer de expressa previsão constitucional.

Portanto, considerando-se o modo como o Supremo Tribunal Federal compreende o “dever de legislar”, restam excluídas as normas constitucionais que, ainda que carentes de tutela normativa, não prevêm a atuação do legislador.

6.2. Mora do legislador

O Supremo Tribunal Federal exige, ainda, a caracterização da mora do legislador para conceder o mandado de injunção. Quer isto dizer que o dever de legislar, apenas, não basta para a procedência do mandado de injunção. Quando não é estabelecido, na própria norma constitucional, prazo para legislar, o retardo ou atraso deve ser gravado de significado, ou melhor, deve revelar a não intenção em legislar.

Lembre-se que o art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Transitórias – objeto dos mandados de injunção 283 e 284 -, afirma que “aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional *e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição*”. No mandado de injunção 232, considerou-se o art. 59 do Ato das Disposições Transitórias, cuja redação define prazo para a apresentação de projetos de lei e prazo para sua apreciação pelo Congresso Nacional: “Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício *serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los*”.

Quando a norma constitucional define prazo para a regulamentação, a mora é mera decorrência da superação do prazo fixado, tornando-se desnecessário investigar se a demora é excessiva ou foge do razoável. A ideia de “superação de prazo razoável” como critério de caracterização da mora só é aplicável quando a norma constitucional, embora prevendo necessidade de regulamentação, deixa de estabelecer prazo para a edição das providências legislativas. Ou seja, só é preciso investigar se a demora é excessiva quando prazo inexistente. Neste caso, por haver dever de legislar, mas não existir prazo para o exercício deste dever, indaga-se, diante das peculiaridades da situação concreta, se o tempo de demora do legislador foge do razoável.

O Supremo alude à “superação de prazo razoável para a edição do ato legislativo”. Assim, por exemplo, afirmou-se no mandado de injunção 361 que “a mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa - é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da lei fundamental”. Ao julgar este caso, acrescentou a Corte que, “vencido o tempo razoável, *nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo* podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar”⁴⁸.

A decisão proferida no mandado de injunção 715 fala em “superação excessiva de prazo razoável” como “critério de configuração do estado de inércia legiferante”, demonstrando de forma minudente as razões que justificariam, no caso, a não superação do prazo razoável⁴⁹. Porém, ao contrário do que se declarou no mandado de injunção 361, entendeu-se que a circunstância de projetos de lei terem sido enviados ao Congresso também descaracterizaria a mora legislativa.

O encaminhamento de projeto de lei não constitui álibi do devedor da norma. Somente tem o efeito de isentar-lhe de culpa quando não existe outro elemento que

⁴⁸ MI 361, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994.

⁴⁹ MI 715, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.06.2005.

indique a mora em legislar, como a demora excessiva das Casas legislativas para deliberar e aprovar a norma.

6.3. Norma insuficiente e omissão parcial

Em caso de norma insuficiente, compreendida como norma *incapaz* de regulamentar a norma constitucional, cabe mandado de injunção - ao contrário do que se poderia supor. É que norma insuficiente, neste caso, significa falta de norma *necessária* a dar regulação ao precedente constitucional, e não, obviamente, norma que, tendo plena e formalmente regulado a norma constitucional, pode conter alguma impropriedade em sua substância – que não seja de índole constitucional. Ou seja, o legislador não se desincumbe do seu dever ao editar qualquer norma ou ao instituir norma que regula apenas parcialmente a norma constitucional.

Lembre-se que se pode falar em omissão parcial em perspectivas vertical e horizontal. É certo que, em tese, uma lei pode regulamentar com maior ou menor intensidade a norma constitucional. Mas, se a lei não é capaz de realizar, na intensidade *devida*, a norma constitucional, ela responde à Constituição de modo parcial no sentido vertical. Porém, a lei, ainda que capaz de responder à norma constitucional em termos de intensidade, pode atender apenas parcela dos seus beneficiários, quando há omissão parcial em sentido horizontal. Assim, a lei que prevê salário mínimo em valor insuficiente à realização da norma que garante ao cidadão remuneração digna (art. 7º, IV, CF), representa omissão inconstitucional em sentido vertical, uma vez que a sua previsão é apenas parcialmente suficiente para realizar a norma constitucional. Contudo, se a lei não considera grupo ou categoria que é beneficiário da norma constitucional, existe omissão inconstitucional em sentido horizontal⁵⁰.

A insuficiência da lei para dar conta da norma constitucional poderia fazer pensar em lei simplesmente inconstitucional. Não obstante, ao se declarar a inconstitucionalidade da lei que é insuficiente à tutela da norma constitucional, deixa-se de ter o pouco de proteção que a lei outorgou à Constituição. O mesmo ocorre

⁵⁰ADI 1442, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.04.2005.

quando a lei, dando a devida atenção a determinado grupo, esquece outro que mereceria igual benefício de acordo com a norma constitucional tutelada. A declaração de inconstitucionalidade excluiria a proteção devida e conferida ao grupo, reduzindo-se a uma curiosa declaração de inconstitucionalidade, cuja função seria apenas retirar de uma categoria um benefício que lhe for outorgado pela Constituição. De modo que a declaração de inconstitucionalidade, nestas hipóteses, não constitui solução judicial adequada. Há que se preservar a tutela da norma constitucional, ainda que insuficiente ou indevidamente limitada a determinado grupo ou categoria, devendo o Judiciário aí ver “inconstitucionalidade por omissão” e admitir, quando for o caso, o emprego do mandado de injunção.

Adverta-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal, no mandado de injunção 81, não admitiu o uso do mandado de injunção em caso em que havia lei que protegia insuficientemente norma constitucional, vendo aí inconstitucionalidade por ação, a repelir a utilização do mandado de injunção. Declarou a Corte, neste caso, que “o mandado de injunção não constitui, dada a sua precípua função jurídico-processual, sucedâneo de ação judicial que objetive, mediante alteração de lei já existente, a majoração de vencimentos devidos a servidores públicos”, uma vez que “refoge ao âmbito de sua finalidade corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor”⁵¹.

6.4. Norma não autoaplicável

Parece evidente que a norma constitucional, para dar ensejo ao uso da ação de injunção, não pode ser autoaplicável. Ao ser dotada desta condição, não há razão para reclamar providência legislativa e, assim, ajuizar-se mandado de injunção, por manifesta carência de interesse de agir.

Como é óbvio, a circunstância de alguém – particular ou autoridade estatal - resistir à aplicação da norma não a torna não autoaplicável. Isto significa que, diante

⁵¹ MI 81, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.05.1990.

de norma constitucional autoaplicável não aplicada, o interessado não pode propor mandado de injunção⁵², mas apenas, e se for o caso, mandado de segurança.

Assim, no mandado de injunção 97, o Supremo Tribunal decidiu que a norma do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao instituir direito à anistia da correção monetária de dívida de microempresa, não depende de norma regulamentadora capaz de viabilizar o seu exercício e, assim, não abre ensejo para mandado de injunção⁵³.

6.5. Norma recepcionada pela Constituição, edição superveniente da norma e encaminhamento de projeto de lei

Além de inexistir interesse de agir quando a norma é autoaplicável, há outras situações em que tal forma de interesse também não está presente.

Suponha-se, assim, que, após o ajuizamento do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal reconheça que determinada lei, que regulamenta situação posta em norma constitucional, foi recepcionada pela Constituição. Em uma situação deste porte, há perda superveniente do interesse de agir. Há situação similar no caso em que, após a propositura do mandado de injunção, edita-se norma que viabiliza o exercício do direito.

Além disto, já proclamou o Supremo Tribunal Federal que se o Executivo encaminha mensagem com projeto de lei ao Congresso, ou é apresentado projeto de lei ao Senado ou à Câmara, não cabe mandado de injunção. Porém, recentemente, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 3682, afirmou a Corte, ao tratar da regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição Federal, que, apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação desta norma, “é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das

⁵² MI 16, Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 04.11.1988).

⁵³MI 97, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 23.03.1990.

Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁵⁴.

Isto significa que o encaminhamento de projeto de lei não pode ser visto como mecanismo de desculpabilidade do legislador. A apresentação de projeto de lei somente tem o efeito de desculpar o legislador quando não há nada que indique, de outra parte, a falta de intenção ou a inércia em legislar, como a demora excessiva da Casa legislativa para deliberar (*inertia deliberandi*).

7. Efeitos da decisão

A decisão proferida no mandado de injunção produz coisa julgada para as partes. Não há coisa julgada com efeitos para todos ou *erga omnes*. Isto é mera decorrência de a parte, no mandado de injunção, pedir a tutela de posição jurídica individual.

Porém, a circunstância de a coisa julgada ser *inter partes* certamente não inibe ou impossibilita a eficácia vinculante do precedente. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal em mandado de injunção, como toda e qualquer decisão por ele proferida em controle difuso, obviamente constitui precedente. Ora, o simples fato de ser precedente da Corte incumbida de tutelar a Constituição, outorga-lhe a chamada eficácia vinculante, já que nenhuma decisão da Suprema Corte, por mera lógica, pode ser desrespeitada por tribunal ou juízo. Pouco importa, assim, que nada se diga, no plano normativo, acerca da eficácia vinculante da decisão injuncional, até porque isto equivaleria a super dimensionar algo que é simples e óbvio.

Os fundamentos e o dispositivo da decisão, irmanados para formar a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes, contribuem para evidenciar de que forma se dá a obrigatoriedade de respeito ao precedente. De acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a decisão de procedência, no mandado de injunção, a partir da norma constitucional que se alega carente de regulamentação, declara o

⁵⁴ADI 3682, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.09.2007.

dever de legislar e a mora do legislador e constitui a norma faltante. Assim, não só constitui motivo determinante da decisão o dever de legislar e a mora em relação à norma constitucional do artigo “X”, mas também a própria norma elaborada pela Corte. Isto significa que, nos próximos mandados de injunção envolvendo a necessidade de regulação da mesma norma, o Supremo estará, em princípio, obrigado em face de sua decisão pretérita, podendo alterá-la apenas ao reconhecer necessidades anteriormente não vislumbradas.

Porém, a norma elaborada pelo Supremo no mandado de injunção “Y”, respeitante a partes determinadas, deverá ser utilizada pelos demais juízos e tribunais sempre que, num caso conflitivo concreto, reclamar-se contra a não regulamentação da mesma norma constitucional. Há aí eficácia vinculante vertical, a obstar consideração diversa.

Note-se, portanto, que aquele que se resguarda em norma constitucional para exercer direito pode e deve se valer da norma judicial elaborada no precedente constitucional que a regulamentou como fundamento de ação direta proposta em face daquele que é sujeito passivo da relação substancial. Assim, por exemplo, no caso de aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência física, é possível, em caso de resistência da autoridade administrativa, propor ação, em primeiro grau de jurisdição, em face da autoridade responsável pela aplicação da norma, sendo irracional pensar não apenas que o juiz de primeiro grau não observará o precedente constitucional, mas também que é necessário outro mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal.

A situação, bem vistas as coisas, é similar a do mandado de injunção 284, em que o Supremo Tribunal observou que, em virtude de ter escoado o prazo imposto no mandado de injunção 283, tem o interessado o poder de propor, sem a necessidade de outro mandado de injunção, ação de perdas e danos. Registrou-se, na ocasião, que, embora previamente cientificado no mandado de injunção 283, o Congresso Nacional absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, o que torna prescindível nova comunicação ao legislador e assegura a possibilidade de

ajuizamento, nos termos do direito comum ou ordinário, “da ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”⁵⁵.

8. O mandado de injunção diante da possibilidade de a falta de lei ser suprida no caso conflitivo concreto

É completamente equivocado supor que uma Constituição possa carecer de norma infraconstitucional apenas quando determinadas normas constitucionais lembraram-se de assim prever. O legislador tem dever de tutelar e concretizar os direitos fundamentais. As prestações normativas nem sempre se exaurem como prestações de proteção, pois a norma também pode constituir autorização para prestações fáticas realizadoras de direitos sociais ou mesmo representar a instituição de prestações de participação na coisa pública. Perceba-se, respectivamente, que uma norma infraconstitucional pode i) impedir a construção de edifícios à margem dos rios, ii) autorizar a entrega de determinados remédios à população necessitada e, ainda, iii) instituir condutos, procedimentos e cargos para a participação popular nas universidades públicas. Nestas hipóteses o Estado se manifesta para se desincumbir de i) prestação de proteção, ii) de prestação fática de cunho social e de iii) prestação de participação, embora todas estas prestações, em um sentido largo, possam ser vistas como decorrentes do dever estatal de editar normas.

Assim, não há como pensar que o dever de legislar decorre unicamente da presença, em determinadas normas constitucionais, da imposição de regulamentação. É certo que tanto as normas constitucionais ditas de “organização” - como a do art. 178 (lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre) -, quanto as normas que propriamente definem direitos - como a do art. 7º, IX (são direitos dos trabalhadores, além de outros, participação nos lucros ou resultados, conforme definido em lei) - , dão origem a casos de omissão inconstitucional diante da inação do legislador, mas certamente não são apenas estas situações que exigem do Judiciário providências diante da falta de atuação legislativa.

⁵⁵MI 284, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.06.1992.

Porém, há aí não apenas a falta de percepção de que outras normas constitucionais, que não as impositivas de dever de legislar, carecem de providências legislativas, como também a não atenção à circunstância de que o mandado de injunção objetiva garantir o *exercício de direito* dependente de norma reguladora, ao passo que os direitos fundamentais podem necessitar de normas infraconstitucionais voltadas, especialmente, a *impor condutas negativas ou positivas*. Do mesmo modo que o direito fundamental à saúde impõe a edição de norma autorizadora da entrega de remédios à população carente, gerando direito à obtenção destes remédios, o direito fundamental ao meio ambiente exige normas que imponham condutas negativas ou positivas para que o meio ambiente seja preservado, fazendo surgir aos sujeitos privados dever de observá-las.

Se não há dúvida que a falta de lei não tem exclusiva relação de causalidade com a expressa imposição constitucional de dever de legislar e que o mandado de injunção não é suficiente para dar tutela às variadas situações carentes de norma infraconstitucional, há uma gama de situações que ficariam no limbo caso não se admitisse aos juízes e tribunais ordinários suprirem a omissão inconstitucional no caso concreto que lhes é apresentado, exercendo nítido controle incidental da inconstitucionalidade por omissão.

Assim, a única questão que deve preocupar, a esta altura, é saber se as situações tuteláveis via mandado de injunção também podem ser tuteladas mediante ação proposta em face do outro sujeito da relação substancial que carece da atuação legislativa. Ou melhor, indaga-se se o titular do direito que para ser exercido depende de norma, nos termos de previsão constitucional, e que é tutelável mediante mandado de injunção, pode propor ação em face daquele que tem dever decorrente da edição da norma faltante.

Em junho de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu o julgamento dos mandados de injunção 943, 1010, 1074 e 1090, que objetivam a satisfação do direito assegurado pelo artigo 7º, XXI, da Constituição Federal - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. A suspensão do julgamento se deu para a Corte elaborar a norma faltante, dando-se, assim, continuidade ao pensamento que se afirmou nos mandados de injunção 670, 708 e 712. No mandado de injunção 943, a

Companhia Vale do Rio Doce figura como litisconsorte passivo do Poder gravado com o dever de legislar.

Caso a decisão, no mandado de injunção, não possa superar o limite da elaboração judicial da norma, não tendo condições de viabilizar o alcance da tutela do direito material, não há razão para não admitir a propositura de ação direta em face daquele que resiste à pretensão à tutela do direito material, requerendo-se, assim, o controle da inconstitucionalidade por omissão na forma incidental à solução do caso litigioso.

Nestas condições, o mandado de injunção, em termos de funcionalidade prática, perde vigor. Porém, resta digno como meio alternativo a quem deseja apenas a emissão da norma judicial reguladora ou prefere se socorrer, desde logo, do Supremo Tribunal Federal. Aliás, o mandado de injunção, em vista da tese de que o precedente constitucional se impõe aos demais juízes e tribunais, possui efeito prático distinto daquele que pode ser obtido mediante ação comum, em que se busca a tutela do direito material. A decisão proferida no mandado de injunção, por ter efeitos vinculantes, obrigará desde logo, oferecendo grande vantagem quando são vários os titulares do direito que estão sob o abrigo do autor do mandado de injunção.